

Ámbito de Aplicación de la Ley 1340 de 2009 y Autoridad Única de Competencia*

MODERADOR: CAMILO PABÓN ALMANZA¹

PANELISTAS: MARÍA CLARA LOZANO ORTIZ DE ZÁRATE²

DIONISIO DE LA CRUZ CAMARGO³

JOSÉ ALFREDO JARAMILLO LÓPEZ⁴

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n54.02>

- 1 Camilo Pabón Almanza. Abogado egresado de la facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas de la Universidad de Los Andes. Estudios en Análisis Económico de los Contratos de la Universidad de Chicago, EEUU. Con experiencia en contratación pública y privada, Derecho de la competencia, Derecho del consumidor y regulación económica. Reconocimientos como miembro de los "equipos de trabajo destacados" de la ANI (2018); en "los 15 abogados que son promesa en las firmas legales" (2016); como miembro del grupo "jóvenes profesionales de excelencia" por el Instituto de Desarrollo Urbano (2010-2011); en los 10 Mejores Resultados de Colombia en las pruebas Ecaes de Derecho (2009). Se ha desempeñado como asesor del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, como asociado en la firma Archila Abogados y como Superintendente Delegado de Tránsito y Transporte en la Superintendencia de Transporte. Actualmente es Profesor de Derecho de consumo y de Derecho de la competencia en la Universidad Externado de Colombia y Superintendente de Transporte en la Superintendencia de Transporte.
- 2 María Clara Lozano Ortiz de Zárate. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana. Especializada en estudios europeos (Economía de la integración regional europea de la Universidad de Deusto – España) en Organización Mundial del Comercio (curso de política comercial de la OMC – Suiza). Cuenta con 25 años de experiencia en Derecho de la competencia y en libre mercado, se ha desempeñado en diversos cargos públicos y en el sector privado en varias firmas de abogados. Desde hace 16 años se desempeña como abogada en vcompetencia y libre comercio en su propia firma, Lozano Abogados. Miembro de Junta Directiva de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia y vicepresidente de la Asociación Colombiana de Derecho de la Competencia. Ha sido directora de la Especialización en Derecho de la Competencia y del Libre Comercio de la Universidad Javeriana y Profesora de Derecho de la Competencia en múltiples universidades, incluyendo la Universidad Javeriana, Externado, Sabana, Andes, Rosario, Nacional y Andina del Ecuador. Coeditora de varios libros sobre los acuerdos comerciales con Estados Unidos y la Unión Europea.
- 3 Dionisio de la Cruz Camargo. Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Derecho de los Negocios, Derecho Contractual y Relaciones Jurídico Negociales, y Derecho Financiero, en las universidades Externado de Colombia y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Se desempeñó como Jefe del Grupo de Preliminares y Seguimiento en la Delegatura para la promoción de la Competencia, Jefe de la División para la promoción de la Competencia (e), Jefe del Grupo Jurisdiccional de

INTRODUCCIÓN

La ley de protección de la competencia colombiana cumplió 10 años desde su promulgación⁵. Para ese momento, se consideró que la entonces nueva ley era suficientemente clara (i) en establecer que la Superintendencia de Industria y Comercio era, desde ese momento y por virtud de lo previsto en el artículo 6 de la ley, la Autoridad Única de Protección de la Competencia en el país, y (ii) en definir el ámbito de aplicación de la ley para precisar el campo de acción de las normas de protección de la competencia, superando discusiones sobre el alcance territorial, subjetivo y objetivo de dicho régimen⁶.

Exactamente 10 años después⁷, la Universidad Externado de Colombia nos ha invitado a evaluar si las expectativas que se tenían en esos dos aspectos se han materializado y, adicionalmente, si satisfacen la realidad de los mercados, considerando la llegada de fenómenos tales como la economía digital y la economía colaborativa.

El primer aspecto abordado corresponde al ámbito objetivo o sustancial de la ley de competencia, entendiendo para esos efectos el catálogo de normas que configuran las normas de protección de la competencia.

A ese respecto, en la doctrina se manifestó que *"la Ley 155 de 1959 era la acequia de todo el tema antimonopolios: en esta se regulaban cuestiones de prácticas comerciales restrictivas, de competencia desleal, integraciones empresariales, inhabilidades, incompatibilidades,*

Competencia Desleal en la Delegatura para la promoción de la Competencia y Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales en la Superintendencia de Industria y Comercio. Con amplia experiencia como asesor en temas relacionados con la competencia desleal, carteles y conductas antimonopolio, fusiones e integraciones económicas, derecho del consumidor y protección de datos personales. Así mismo, cuenta con experiencia en litigios ante la Superintendencia de Industria y Comercio, tribunales de arbitramento, jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa. Actualmente es profesor de pregrado y posgrado de la Universidad Externado de Colombia y Asociado Senior en Archila Abogados.

- 4 José Alfredo Jaramillo López. Abogado, de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Javeriana y Máster en International Business and Trade Law de la Universidad de Fordham en Nueva York. Miembro del Comité de Antitrust and Trade Regulation de la Barra de abogados de Nueva York. Becado como juez y oficial de competencia para asistir al *training* en Derecho de la competencia de la Comisión Nacional de la Competencia en Madrid, España, y en el Fordham Competition Law Institute en Nueva York, EEUU. Anteriormente se desempeñó como funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio en el grupo de Prácticas Comerciales Restrictivas de la Competencia y trabajó como Director Jurídico de multinacionales en el sector real. Es profesor de Derecho de la Competencia de la Universidad Externado de Colombia y de la Universidad Santo Tomás. Actualmente tiene su práctica privada en su firma de abogados.
- 5 Ley 1340 de 2009. Publicada en el *Diario Oficial* n.º 47.420 de julio 24 de 2009
- 6 "Ante todo, delimitar el ámbito de aplicación de la Ley permitirá conocer diferencias prácticas para el régimen de protección de la competencia, pues dicho ámbito ha sido sustancialmente modificado en su aspecto objetivo, su aspecto subjetivo, su aspecto territorial o espacial y su aspecto temporal". Cfr. Archila Peñalosa, Emilio José (2010). "Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia". *Revista Con-texto*, n.º 32 diciembre de 2010. Bogotá D.C.
- 7 Panel presentado en el evento "Balance de los 10 años de vigencia de la Ley 1340 de 2009 y perspectivas del Derecho de la competencia en Colombia". Universidad Externado de Colombia. Julio 23 de 2019. Bogotá D.C. Video completo disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=RTZY_ZI_4Gw

normas de protección al consumidor y disposiciones sobre intervención en calidad y precios"⁸ (destacado fuera del original). Para ejemplificar cómo se entendió lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio había acudido a la amplitud de la definición legal de "acto" (que cobija a "[t]odo comportamiento de quienes ejerzan una actividad económica")⁹ para concluir que las normas sobre incompatibilidades previstas consagró un "acto" anticompetitivo¹⁰. Así, podía investigar y sancionar las incompatibilidades en el sector real bajo las normas de competencia¹¹.

En el Congreso de la República se debatió entonces, previo a la promulgación de la nueva ley, sobre la necesidad de precisar qué sí correspondía a las normas de competencia y qué debía quedar fuera de ese ámbito, tal como se aprecia en la ponencia para segundo debate y en el informe de conciliación del proyecto de ley:

2.1. Artículo 2°. Ámbito de la ley. *Se propone eliminar del ámbito de la ley, las inhabilidades e incompatibilidades y conflictos de interés, toda vez que estas conductas no constituyen una práctica comercial restrictiva de la competencia.* En este mismo sentido, no se considera procedente en virtud de lo establecido en el inciso 1° del artículo 46 del Decreto 2153 de 1992, al que se adiciona el artículo 2° del proyecto, estas conductas sean consideradas de objeto ilícito, toda vez que en este caso la irregularidad hace relación a la calidad de las personas en la realización de ciertos negocios y no al objeto del acto o acuerdo.

(...) Luego de un análisis detallado de los textos, cuya aprobación por las respectivas plenarios presenta diferencias, hemos acordado acoger la mayoría del texto aprobado por la plenaria de la Cámara, en el entendido que: (...) 1. *Definió más claramente el ámbito de aplicación de la ley* y aclaró que los propósitos de la aplicación del régimen de protección de la competencia se refieren a aquellos que determinan la apertura de un procedimiento administrativo y no a un juicio de ilicitud o no de la conducta"¹² (destacado fuera del original).

Fue así como en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 se aprobó el siguiente texto final: "Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales"¹³.

8 Cfr. Archila Peñalosa, Emilio José. *Op. cit.*

9 Decreto 2153 de 1992.

10 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio Resoluciones del 26 de diciembre de 2002 y del 21 de noviembre de 2003.

11 *Ibidem.*

12 Cfr. Congreso de la República. Ponencia para segundo debate al Proyecto de ley 333 de 2008 Cámara, 195 de 2007 Senado. Informe de conciliación al Proyecto de ley 333 de 2008 Cámara, 195 de 2007 Senado.

13 "Artículo 2°. Ámbito de la Ley. Adiciónase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor: Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia

Salvo por lo anterior, con la Ley 1340 de 2009 no hay evidencia de que se haya querido establecer un régimen único de protección de la competencia. Entonces, se dejaron vigentes todos los regímenes sectoriales incluyendo normas del sector salud, financiero, servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones, entre otros¹⁴. Estos, por su especialidad, aplican de preferencia sobre el régimen general establecido en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992¹⁵.

En ese contexto, se plantean los siguientes interrogantes: (i) ¿debería existir unidad conceptual en todos los sectores de la economía respecto de las definiciones, como, por ejemplo, la de posición de dominio en un mercado? (ii) ¿debería existir un único catálogo de conductas aplicable a todos los sectores, o se justifica tener catálogos que atiendan a sectores específicos de la economía?

UNIDAD CONCEPTUAL Y NECESIDAD O NO DE CONTAR CON REGLAS SECTORIALES

María Clara Lozano Ortiz de Zárate

En lo que respecta a las normas generales de competencia y las normas sectoriales, se debe partir de una distinción fundamental: ¿cuál es la correlación o la diferencia entre las normas sectoriales y las actividades de las entidades regulatorias con las normas de competencia? La diferencia reviste una complejidad importante.

Las entidades sectoriales y la regulación sectorial que existen para poder determinar si hay prácticas restrictivas de la competencia, están concebidas en mercados que tienen importantes fallas que justifican la intervención del Estado. Ello justifica que exista una autoridad regulatoria que *ex ante* revise las fallas de mercado como, por

se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico".

- 14 Sin perjuicio de las discusiones que existen aún sobre el principio de legalidad en materia sancionatoria administrativa. Al respecto ver:

- Sobre el artículo 1 de la ley 155 de 1959: Corte Constitucional Sentencia C-032 de 2017. M.P.: Alberto Rojas Ríos. Demandante: Javier Cortázar Mora.
- Sobre el principio de legalidad de la administración: Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto rad. 11001-03-06-000-2018-00217-00 (2403) del 5 de marzo de 2019 C.P.: Germán Bula Escobar. Concepto solicitado por la Ministra de Transporte Ángela María Orozco Gómez.
- Sobre el Principio de Legalidad en el régimen de libre competencia: H. Corte Constitucional Sentencia C-349 de 2019 M.P.: Cristina Pardo Schlesinger. Demandante: Camilo Pabón Almanza.

- 15 "As noted in Section 1.2 above, there are a number of laws regulating competition in specific economic sectors and establishing special authorities for this purpose. Since special laws take precedence over general laws, sectoral regulation prevails over general regulation. The sectoral regimes that impose the greatest constraints on the enforcement of general standards (which operate with only residual effect) are the following". Cfr. OECD. Colombia—Peer Review of Competition Law and Policy. 2009. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/44110853.pdf>

ejemplo, los monopolios naturales en materia de servicios públicos. En dicho sector, los costos hundidos –en el sector de acueducto– o la necesidad de prestar servicios en dos mercados que puede generar la situación de subsidios cruzados, entre otros más aspectos, implica que exista una autoridad regulatoria que *ex ante* pueda tomar decisiones y emitir regulaciones que eviten las distorsiones de la competencia y hagan posible una competencia que se dificulta por la existencia de fallas de mercado.

Las normas generales de competencia implican una intervención que parte de un funcionamiento de la libre oferta y demanda en los mercados que aplican de manera general, en donde en principio la autoridad actúa como un policía solamente cuando se observa alguna distorsión *ex post*.

En consecuencia, ¿cuál es la mayor autoridad que tiene la competencia para determinar conductas que específicamente afecten al mercado? Las autoridades regulatorias tienen mayor capacidad para determinar que está pasando con el sector y solucionar *ex ante* mediante previsiones o regulación la situación problemática del mercado. La autoridad de competencia, atendiendo a sus características y funciones, actúa cuando ya ha habido un problema de competencia, no cuando se puede prevenir la distorsión.

Lo que sucede con la normativa general de Derecho de la competencia actualmente existente, es que no resulta suficiente para prevenir las prácticas restrictivas de la competencia en Colombia en sectores regulados, por ejemplo:

- La situación de precios predatorios en la normatividad general está establecida simplemente para las compañías que tienen posición dominante y abusan de dicha posición a través de una venta por debajo de costos¹⁶, mientras que, en sectores regulados, como en los servicios públicos domiciliarios, existe tarifa predatoria en donde un bien se pretende proteger y es que existan entidades que presten el servicio y que en el proceso competitivo no se depreden unas a otras¹⁷.

16 Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. "Abuso de posición dominante. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas: 1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos. (...)".

17 Artículo 98 de la Ley 142 de 1994. "Prácticas tarifarias restrictivas de la competencia. Se prohíbe a quienes presten los servicios públicos:

"98.1. Dar a los clientes de un mercado competitivo, o cuyas tarifas no están sujetas a regulación, tarifas inferiores a los costos operacionales, especialmente cuando la misma empresa presta servicios en otros mercados en los que tiene una posición dominante o en los que sus tarifas están sujetas a regulación.

"98.2. Ofrecer tarifas inferiores a sus costos operacionales promedio con el ánimo de desplazar competidores, prevenir la entrada de nuevos oferentes o ganar posición dominante ante el mercado o ante clientes potenciales.

"98.3 Discriminar contra unos clientes que poseen las mismas características comerciales de otros, dando a las primeras tarifas más altas que a los segundos, y aún si la discriminación tiene lugar dentro de un mercado competitivo o cuyas tarifas no estén reguladas. La violación de estas prohibiciones, o de cualquiera de las normas de esta Ley relativas a las funciones de las comisiones, puede dar lugar

- Segundo, los conceptos de instalaciones esenciales en donde las autoridades regulatorias son las que tienen mayor capacidad para determinar con precisión y exactitud cuando hay una instalación esencial en el mercado en donde es necesario abrir su acceso y generar conductas que eviten la discriminación para el acceso en estas instalaciones esenciales.

Así, resulta necesario tener los dos regímenes normativos. Eso no significa que todo funciona perfectamente; de hecho, existen algunas imprecisiones, como la definición de posición dominante de mercado en materia de servicios públicos, donde contempla el criterio de participación en el mercado¹⁸ que no resulta conveniente y debería ser más acorde con el régimen general de competencia¹⁹.

También ocurre que en los sectores regulados existen normas que definitivamente no son de Derecho de la competencia como, por ejemplo, una resolución de la CREG que establece la posibilidad de calificar como práctica restrictiva de la competencia la no entrega de un formato de información del origen de fondos y la no inclusión en lista de vínculos con actividades delictivas o terroristas²⁰, lo que evidentemente no tiene nada que ver con el derecho a la competencia independientemente de que ese hecho pueda ser calificado como ilegal y ser susceptible de sanción, pero eso es confundir las disposiciones y los bienes jurídicos protegidos.

Por tanto, hay que hacer algunas mejoras, hacer algunos cambios iniciando por invitar a la Superintendencia a hacer una revisión de cuáles son las normas de prácticas restrictivas que están en los sectores regulados, para mirar cuáles realmente son y sacar el resto que no le hacen bien al derecho a la competencia y los bienes jurídicos protegidos. Se debe buscar una mayor cooperación entre las autoridades, entre la máxima autoridad de competencia y las autoridades regulatorias.

Para terminar, respecto a los tribunales de arbitramento: ¿los árbitros pueden aplicar las normas de competencia para ejercer su función jurisdiccional? Sí. El árbitro tendrá la posibilidad de aplicar esas normas solamente dentro del ámbito que le señala la ley, dentro del conflicto entre las partes que está enfrentado, ya sea por una cláusula compromisoria o el compromiso que le otorgue competencia, y su único objetivo es

a que estas sometan a regulación las tarifas de quienes no estuvieren sujetas a ella, y revoquen de inmediato las fórmulas de tarifas aplicables a quienes prestan los servicios públicos".

- 18 Artículo 14 de la ley 142 de 1994. "Definiciones. Para interpretar y aplicar esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...) 13. Posición Dominante. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de este, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado".
- 19 Artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. "Definiciones. Para cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones: (...) 5. Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado".
- 20 Resolución CREG n.º 71 del 29 de mayo de 2015, artículo 2, par 2- "La práctica de no revelar los formatos de que trata este artículo podrá ser considerada por las autoridades competentes como una práctica contraria a la libre competencia".

declarar el objeto ilícito y eventualmente establecer la indemnización de perjuicios o restituciones mutuas entre las partes del contrato sometidas a esa jurisdicción.

Pero ¿qué pasa si el ejercicio de la justicia arbitral está precedido por un pronunciamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio? ¿Debe el árbitro adoptar de plano la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio y limitarse a la prueba de los perjuicios? o ¿puede el árbitro practicar pruebas para determinar si hubo o no una violación a las normas de la competencia? Este es un debate no resuelto y que ha requerido en otras jurisdicciones de una definición de fondo o incluso legal de los Estados.

Por ejemplo, en la Unión Europea el debate de indemnización de perjuicios terminó resuelto en la Directiva 104 del año 2014, donde se señala como pueden actuar las autoridades nacionales versus las autoridades de competencia, o sea, la jurisdicción de perjuicios versus la autoridad de competencia. La directiva concluyó que en el artículo 9.1, se prevé que, si la autoridad de competencia nacional emite una decisión, será irrefutable ante el juez nacional de ese mismo Estado²¹; el artículo 9.2 establece que si una autoridad de un país miembro de la Unión Europea adopta una decisión que se pretende hacer valer ante la jurisdicción para efectos de perjuicios de otro país de la Unión Europea, este fallo deberá ser tomado como prueba²².

Esto indica que la discusión no tiene nada de llano, es una discusión de fondo que debe darse en Colombia; de hecho, ya hay varios laudos arbitrales que se han pronunciado sobre la competencia.

En relación con las interrogantes, la doctora María Clara expresa que (i) sí debe haber unificación en los conceptos, tales como qué es un acto, acuerdo o posición dominante, para todos los sectores; pero (ii) no debe haber unificación de los catálogos de conductas ilícitas, considerando la especialidad que tiene cada sector.

Dionisio de la Cruz Camargo

No deben existir regímenes sectoriales. Pueden existir autoridades que regulen, vigilen y eventualmente intervengan el mercado cuando se presenten fallas, pero no deben existir normas que regulen de manera diferente un mercado específico en relación con

21 Artículo 9 de la Directiva 104 de 2014 de la Unión Europea. "Efecto de las resoluciones nacionales. 1. Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia. (...)".

22 Artículo 9 de la Directiva 104 de 2014 de la Unión Europea. "Efecto de las resoluciones nacionales. (...) 2. Los Estados miembros garantizarán que toda resolución firme contemplada en el apartado 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes. (...)".

otros mercados que no están sujetos a esa regulación. Peor aún, no deberían tener la facultad de expedir normas que pueden, incluso, ir contra la ley que regule la libre competencia, el Decreto 2153 de 1992 y eventualmente la Ley 1340 de 2009.

El régimen de protección a la competencia debe contener una unidad normativa, es decir, una norma general que aplique a todos los mercados. Existen casos muy específicos como el señalado anteriormente respecto de los papeles o certificaciones²³, pero en general todas las conductas están cobijadas por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 o cualquiera de las conductas del Decreto 2153 de 1992 relacionadas con acuerdos²⁴, actos²⁵ y abuso de posición dominante²⁶. En consecuencia, tendríamos sectores

- 23 Resolución CREG n.º 71 del 29 de mayo de 2015, artículo 2, par 2- "La práctica de no revelar los formatos de que trata este artículo podrá ser considerada por las autoridades competentes como una práctica contraria a la libre competencia".
- 24 Artículo 47 Decreto 2153 de 1992. "Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios.
"2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
"3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores entre productores o entre distribuidores.
"4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro.
"5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
"6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la limitación a los desarrollos técnicos.
"7. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones.
"8. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
"9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
"10. Adicionado por el art. 16, Ley 590 de 2000, con el siguiente texto: Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización".
- 25 Artículo 48 del Decreto 2153 de 1992. "Actos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:
"1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.
"2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios.
"3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios".
- 26 Artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. "Abuso de posición dominante. Para el cumplimiento de las funciones a que refiere el artículo 44 del presente Decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:
"1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno varios competidores o prevenir la entrada o expansión de estos.

integralmente regulados evitando temas como, por ejemplo, el abuso de la posición dominante de la Ley 142 de 1994 y la tentación legislativa para las comisiones de regulación que por al afán de defender su sector van en contra de las normas generales de competencia o de los principios de protección de la competencia.

Lo que sí puede existir es coordinación entre lo que se quiera defender del sector específico y la interpretación de la norma general. Aquí es necesario tener en cuenta el proceso de abogacía de la competencia²⁷ y de colaboración entre autoridades²⁸ como un elemento para establecer y alinear los intereses de la regulación versus la norma general a partir de la visión de la autoridad de competencia.

"2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas.

"3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio, sin perjuicio de lo establecido por otras disposiciones.

"4. La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

"5. Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio colombiano, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.

"6. Adicionado por el art. 16, Ley 590 de 2000, con el siguiente texto: Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización".

27 Artículo 7 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 146 de la Ley 1955 de 2019. "Abogacía de la Competencia. Además de las disposiciones consagradas en el artículo segundo del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio los actos administrativos que pretendan expedir. El concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio en este sentido no será vinculante. Sin embargo, si la autoridad respectiva se aparta de dicho concepto, la misma deberá manifestar de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos por los cuales se aparta".

28 Artículo 8 de la Ley 1340 de 2009. "Aviso a otras autoridades. En la oportunidad prevista en el numeral 4 del artículo 10 de esta ley, o, tratándose de una investigación, dentro de los diez (10) días siguientes a su inicio, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá comunicar tales hechos a las entidades de regulación y de control y vigilancia competentes según el sector o los sectores involucrados. Estas últimas podrán, si así lo consideran, emitir su concepto técnico en relación con el asunto puesto en su conocimiento, dentro de los diez (10) días siguientes al recibo de la comunicación y sin perjuicio de la posibilidad de intervenir, de oficio o a solicitud de la Superintendencia de Industria y Comercio, en cualquier momento de la respectiva actuación. Los conceptos emitidos por las referidas autoridades deberán darse en el marco de las disposiciones legales aplicables a las situaciones que se ventilan y no serán vinculantes para la Superintendencia de Industria y Comercio. Sin embargo, si la Superintendencia de Industria y Comercio se apartara de dicho concepto, la misma deberá manifestar, de manera expresa dentro de las consideraciones de la decisión los motivos jurídicos o económicos que justifiquen su decisión. Parágrafo. La Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil conservará su competencia para la autorización de todas las operaciones comerciales entre los explotadores de aeronaves consistentes en contratos de código compartido, explotación conjunta, utilización de aeronaves en fletamento, intercambio y bloqueo de espacio en aeronaves".

Las comisiones de regulación, con la mejor intención, tratan de resolver los problemas de su sector y sobreponen los intereses del sector por encima de los intereses de la competencia, generando una distorsión de la competencia. En esa medida, la abogacía y la colaboración contribuirían a que exista una coordinación que permita no vulnerar los principios de la competencia y propender por regulación eficiente en los sectores económicos, sin desatender sus objetivos.

Quedando el sector bajo la vigilancia de la autoridad de competencia, en el cual para los mismos agentes del sector habrá claridad frente a que se va a encontrar frente a esa autoridad porque los actores sectoriales tienden a pensar que la manera como los trate su regulador, buena, mala o regular como ellos se sienten van a tener esa misma connotación cuando lleguen ante la autoridad de competencia y ahí se van a encontrar con problemas.

Tener claridad respecto de los conceptos y alcance de las disposiciones legales impedirá que se distorsione el ambiente competitivo dentro de ese mercado, evitando disparidad de criterios en asuntos tan importantes como las facilidades esenciales y la posición dominante, en todo este tipo de eventos seguramente va a haber unos criterios que serán muy distintos.

Respecto al segundo tema, el de los jueces, aquí va a depender el escenario, una cosa es el árbitro como juez, quien debe cumplir la ley como todo juez y basar sus decisiones en la ley, luego si hay leyes de competencia que deba aplicar a un caso específico, y esta es la norma que se debe aplicar al caso específico. Generalmente hablamos de cláusula de exclusividad, cláusula de no competencia; este tipo de eventos, que son los que llevan a las partes al árbitro, o incluso la cláusula misma que le da competencia al tribunal en la medida en que, por ejemplo, en tema de consumidor puede ser una cláusula abusiva.

Entonces, por un lado, debe cumplir la ley. Ahora, si hay una decisión con anterioridad de la Superintendencia por un tema específico, uno va al escenario, por ejemplo, de una acción popular o una acción de grupo que se derive de una investigación por prácticas restrictivas en donde muy seguramente se va a encontrar una decisión de la autoridad pero que será conocida por el juez administrativo en una acción diferente, no es la acción de nulidad de la decisión de la autoridad.

En donde la decisión de la Superintendencia debe tener un papel importante y va a depender la solvencia para que el juez la acoja totalmente, y en tal caso uno podría pensar que el hecho dañoso es lo demostrado y faltaría demostrar el valor de los perjuicios y el nexo entre esa conducta los perjuicios que se consideren, pero no dejarla de lado; esto se debe convertir en un antecedente o doctrina que debe ayudar al juez a tomar la decisión. Entonces, dependiendo del escenario, administrativo o jurisdiccional, habrá que establecer el peso que le da el juez.

Para finalizar el tema de los árbitros y la sede jurisdiccional, el juez, seguramente, como en estos casos no hay antecedentes de la Superintendencia de declarar si esa cláusula era o no restrictiva de la competencia, pero sí debería retomar los conceptos que tienen que ver con que existen elementos para determinar cuándo una cláusula de

este estilo puede ser o no restrictiva de la competencia, siendo esto lo que debería ser un influjo para el juez.

El doctor Dionisio difiere, y considera que no deberían existir autoridades sectoriales con la facultad de expedir normas que pueden, incluso, ir contra la ley que regula la libre competencia: el Decreto 2153 de 1992 y eventualmente la Ley 1340 de 2009 (ambas con rango de ley).

José Alfredo Jaramillo López

Frente a la posición del doctor Dionisio estoy parcialmente de acuerdo. La Ley 1340 de 2009 en su trámite legislativo procuró eliminar el término "promoción de la competencia" o eliminarlo parcialmente y permitir que surgiera el término "protección de la competencia", como la función de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer, investigar y sancionar las conductas restrictivas previstas en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992^[29].

Muchas de las prohibiciones sectoriales se encuentran con un marco suficiente en el existente, en el Decreto 2153 de 1992 y en la Ley 155 de 1959, y con eso bastaría: no sería necesario que el regulador se pronuncie al respecto. Expedir una norma para las facilidades esenciales o una proscripción, resulta ineficiente y antitécnico, de forma que los reguladores deben ser un poco más disciplinados en cuanto al "fetiche regulatorio" que a veces los captura. Así, lo que no deberían hacer los reguladores es, resolución tras resolución, dejar consignada una dispersión de proscripciones en materia de libre competencia y dejar a los operadores en la tarea de analizar todas estas resoluciones para determinar qué otras conductas son restrictivas de la libre competencia.

En el mundo entero, las conductas se dividen en acuerdos, actos, integraciones económicas, abusos y las más de las veces existe la denominada prohibición general. La invitación es dejar que la Superintendencia continúe con su función de investigar y sancionar las conductas que tienen prácticas anticompetitivas en los mercados nacionales.

Por supuesto, hay que continuar con la abogacía de la competencia, como un instrumento de promoción, el cual implica un llamado de atención a los agentes del mercado en cuanto a no generar más fallas o distorsiones en los mercados.

Ahora bien, es de la mayor importancia que los reguladores sectoriales se dediquen a promocionar la competencia, identificando y generando estructuras o cambios estructurales en los mercados para que fomente la competencia. Por el contrario, lo que no deberían hacer los reguladores es, resolución tras resolución, dejar consignada una dispersión de proscripciones en materia de libre competencia y dejar a los operadores en la tarea de analizar todas estas resoluciones para determinar qué otras conductas restrictivas de la libre competencia: se determinan por este regulador sectorial.

Muchas de las prohibiciones sectoriales, cuando se les analiza, se encuentran con un marco suficiente en el existente, en el Decreto 2153 de 1992 y en la Ley 155 de

29 Véase por ejemplo el uso de este término en la Ley 1341 de 2009.

1959, y con eso bastaría: no sería necesario que el regulador se pronuncie al respecto. Teorías como las facilidades esenciales son una posición de dominio reforzada, por lo que expedir una norma para las facilidades esenciales o una proscripción, en mi criterio resulta ineficiente y antitécnico.

Mi postura es un poco como en anglicismo, *Business as usual*, es decir, mantener en la entidad o la autoridad de competencia la protección de la competencia, y a los reguladores un poco más disciplinados en cuanto al "fetiche legislativo" o "fetiche regulatorio" que a veces los captura.

En cuanto al tema jurisdiccional, me voy a referir solo al caso en el que hay pronunciamiento en firme en la Superintendencia de Industria y Comercio por prácticas restrictivas de la libre competencia y esos pronunciamientos son objetos de valoración por un juez de la república, por ejemplo, en la jurisdicción civil. Yo considero que el Estado también fue concedido a partir de un equilibrio de poderes; entonces, la rama debe ser independiente en la valoración que haga y que la resolución que haga la Superintendencia de Industria y Comercio en firme sobre una conducta restrictiva de la competencia.

María Clara Lozano Ortiz de Zárate

Los abogados que ejercemos el Derecho de la competencia siempre creemos que las prohibiciones deben ser lo más específicas posibles, pero una buena prohibición de un regulador lo que hace es proteger el derecho al debido proceso y permitir a los particulares saber lo que exactamente está prohibido. Nuevamente, las tarifas predatorias no están prohibidas en el régimen general, salvo que sean utilizadas por agentes con posición de dominio.

De esta ronda se puede extraer que los tres panelistas están de acuerdo en que debería haber una unificación conceptual en todos los sectores de la economía; la divergencia está en cuáles conductas debería estar, en si es un único catálogo para todos los sectores de la economía o, como defiende la doctora María Clara, se debería mantener la regulación sectorial.

En efecto, dentro de la discusión hubo unanimidad en la necesidad de unificar y homogeneizar los conceptos, tales como qué significa tener posición dominante en un mercado, o los elementos de un acuerdo anticompetitivo. Para lo anterior, el ejercicio que se efectúa en virtud de la función de abogacía de la competencia puede ser útil para que en la regulación sectorial no se varíen los elementos conceptuales de qué es una conducta anticompetitiva.

Dicho lo anterior, debe considerarse que el alcance de las normas de competencia no solo es fijado por autoridades administrativas, sino también por autoridades que ejercen el control de legalidad (jurisdicción de lo contencioso administrativo), por las que operan como jueces constitucionales (en acciones de tutela y acciones populares), y por las que resuelven conflictos entre particulares (acciones civiles individuales, o de grupo, incluidos jueces y árbitros).

Debe considerarse que a pesar de existir una posición aislada que indica que las disposiciones del Decreto 2153 de 1992 solo podrían ser aplicadas por la Superintendencia de Industria y Comercio³⁰, existen varios laudos arbitrales y acciones judiciales que se han pronunciado con base en disposiciones de Derecho de la competencia. Es por eso por lo que la homogeneización en este aspecto debería ser de rango legal, para que todos estos funcionarios administrativos y judiciales tengan el mismo entendimiento.

Mientras se da esa unificación legal, las autoridades con funciones judiciales deben considerar la parte conceptual de los pronunciamientos emitidos por la Autoridad de Competencia, especialmente si existe "doctrina probable administrativa" a ese respecto³¹. Y, para aquellos casos en los que las autoridades judiciales conocen de un caso precedido por un pronunciamiento concreto de la Superintendencia de Industria y Comercio, la determinación de si la conducta es o no anticompetitiva en sede judicial podrá tener en cuenta la decisión de la SIC, sin que la misma sea vinculante. Así ocurre en otras partes del mundo, en donde la decisión de la autoridad de competencia es una de las pruebas a considerar por el respectivo juez³².

30 "Igualmente de los cánones 47 numeral 7 y 50 numeral 3 del Decreto 2153 de 1992, que establecen simultáneamente como acuerdos contrarios a la libre competencia y abuso de la posición dominante "los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituyan el objeto del negocio", pero restringido al cumplimiento de las funciones asignadas a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre promoción de la competencia y prácticas mercantiles restrictivas. Es claro que las últimas normas enunciadas se refieren a obligaciones netamente administrativas, a ser consideradas por las autoridades competentes en el ejercicio de la facultad de intervención del Estado en la economía, como desarrollo del artículo 334 de la Constitución, sin que logren configurar en su conjunto el componente sustancial pretendido, máxime cuando el punto de discordia se refiere a la apropiación, por la empresa a quien se encomienda el sacrificio, de algunas partes conformantes de las reses sometidas a tal labor, dejando de lado lo correspondiente a las tarifas establecidas para el efecto" (destacado fuera del original) Cfr. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de dos mil once (2011). Aprobada en sala de veintinueve (29) de agosto de dos mil once (2011) Ref: Exp. 6800131030082007-00209-01.

31 Cfr. Ley 1340 de 2009 artículo 24. Corte Constitucional Sentencia C-537 de 2010. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez. Demandantes: Camilo Pabón Almanza y Andrea Mora Ramírez.

32 Por ejemplo, nótese el tratamiento en la Unión Europea, en el marco de la indemnización de perjuicios fue objeto de tratamiento en la Directiva 104 del 2014, donde se señala cómo pueden actuar las autoridades nacionales versus las autoridades de competencia, o sea, la jurisdicción de perjuicios versus la autoridad de competencia. La directiva concluyó que en el artículo 9.1, se prevé que, si la autoridad de competencia nacional emite una decisión, será irrefutable ante el juez nacional de ese mismo Estado; el artículo 9.2 establece que si una autoridad de un país miembro de la Unión Europea adopta una decisión que se pretende hacer valer ante la jurisdicción para efectos de perjuicios de otro país de la Unión Europea este fallo deberá ser tomado como prueba. Artículo 9 de la Directiva 104 de 2014 de la Unión Europea. "Efecto de las resoluciones nacionales. (...) 2. Los Estados miembros garantizarán que toda resolución firme contemplada en el apartado 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes (...)"

Sobre el segundo punto, subsiste la discusión sobre si debe o no conservarse la libertad sectorial de establecer los catálogos de conductas anticompetitivas, bajo argumentos relacionados con (i) el derecho al debido proceso de los particulares, quienes deben conocer con precisión qué es lo que está prohibido; (ii) la insuficiencia regulatoria de las normas generales, para abordar problemas de mercado en algunos sectores, y (iii) el riesgo de que el regulador sectorial incurra en imprecisiones técnicas o, inclusive, consagre como anticompetitivas a conductas que nada tienen que ver con la protección de la competencia.

EL ÁMBITO TERRITORIAL O ESPACIAL DE LA LEY

En las discusiones que precedieron a la Ley 1340 de 2009, se previó que “[l]o dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todos aquellos que desarrollen una actividad económica, así como los gremios y asociaciones, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan efectos en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico y el lugar en que estas se ejecuten, para alcanzar, en particular, las siguientes finalidades: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia del aparato productivo en el territorio nacional”³³ (destacado fuera del original).

La dinámica de algunos mercados ha variado entre 2009 y 2019: por ejemplo, los fenómenos de economía colaborativa y de economía digital han llevado a que las autoridades alrededor del mundo se cuestionen acerca de la labor de las “plataformas tecnológicas”. Así, es posible que la concepción de qué se entiende por una conducta que tenga “efectos en los mercados nacionales” haya cambiado en estos 10 años, particularmente en lo que tiene que ver con las transacciones en el ciberespacio y la aparición, poco después de la ley de competencia, de una gran variedad de plataformas tecnológicas.

En ese contexto, se plantean los siguientes interrogantes: (i) ¿en la ley de competencia deberían incluir criterios explícitos que indicaran cuáles son, o cómo se deben calificar los efectos en los mercados nacionales, que a su vez determina la aplicación de la Ley 1340 de 2009?, y (ii) ¿qué retos genera la aparición de plataformas tecnológicas y este mayor nivel transaccional en el ciberespacio para aplicar la ley de competencia?

José Alfredo Jaramillo López

La Ley 1340 de 2009 determinó en su artículo 2 el ámbito de aplicación territorial del marco jurídico de libre competencia, indicando que la autoridad única de competencia

33 Cfr. Ponencia para primer debate al Proyecto de ley 333 de 2008 Cámara, 195 de 2007 Senado.

conocerá o tendrá competencia para conocer de las conductas que tenga o que puedan tener efectos totales o parciales en los mercados nacionales³⁴.

Entonces, lo primero que hay que preguntarse es si la norma resulta suficiente al determinar este ámbito de aplicación para conocer de conductas transnacionales. En mi criterio sí, la Superintendencia ha definido, sobre todo en los archivos de investigaciones por falta de significatividad, que el bien jurídico es el mercado y en particular respecto al mercado la libertad de las empresas, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Entonces, cualquier conducta que ocurra en territorio extranjero que pueda llegar a afectar estos fines en el mercado nacional, es de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio.

Ahora bien, pensar en invitar la Superintendencia o al legislador o al regulador, depende de la aproximación que pretenda: a que diseñe más criterios de interpretación respecto a lo que significa efectos parciales o totales en los mercados nacionales me parece que puede redundar en una práctica que genere demasiada rigurosidad en la interpretación de las normas, y los mercados son absolutamente cambiantes y dinámicos, sobre todo en el tema de plataformas digitales. Entonces, pretender regular cada una de las conductas que van emergiendo y cada uno de los mercados que van saliendo, sobre todo en el mundo tecnológico, resulta bastante dispendioso y por demás se va a tornar ineficiente para la autoridad.

Entonces, yo soy más de una concepción dinámica de las normas: considero que el marco legal que existe es suficiente para conocer de una manera dinámica y flexible suficiente sin comprometer la seguridad jurídica que debe existir para que la Superintendencia pueda proteger el régimen de libre competencia a nivel nacional.

Ahora bien, es importante referir un aspecto que no ha sido objeto de análisis en otros eventos académicos y es que la Ley 1340 de 2009 en su ámbito de aplicación indica que las conductas restrictivas son aquellas que puedan o tengan efecto total o parcial en mercados nacionales³⁵. La expresión "puedan" o "tengan" efecto, cuando se analiza el catálogo de acuerdos previsto en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, si

34 Artículo 2 de la Ley 1340 de 2009. "Ámbito de la ley. Adicionase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor: Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico" (destacado fuera del original).

35 Artículo 2 de la Ley 1340 de 2009. "Ámbito de la ley. Adiciónase el artículo 46 del Decreto 2153 de 1992 con un segundo inciso del siguiente tenor: Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico" (destacado fuera del original).

ben son 10 numerales de acuerdos restrictivos de la competencia, en realidad son 20 proscripciones, son 20 preceptos de restricción de la competencia bajo modalidad de acuerdo, unos de los cuales son los que tengan por efecto. Así, no habría conflicto en la aplicación de la normas en cuanto a las conductas que fueron gestadas en el exterior o en el extranjero tengan efectos en el territorio nacional, pero las otras 10 normas o el otro ingrediente normativo que son las conductas que tengan por objeto, por ejemplo, un acuerdo de precios, hay que analizar si las "que tengan por objeto" es armónico con la aplicación territorial del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, porque dicha norma se refiere a conductas que puedan o tengan efectos restrictivos en el mercado, no conductas que tengan objeto o efectos en el mercado colombiano.

Entonces, hay que ser exegéticos en la manera en la que se leen las normas, es decir, cuando la norma dice "objeto" es objeto, como lo dice el Decreto 2153 de 1992 o la Decisión 608 de la Comunidad Andina, que se refiere a las conductas en donde se presume que tienen por objeto o tengan como efecto una restricción en el mercado, la Ley 1340 de 2009 refirió conductas que puedan o tengan efectos en los mercados nacionales. ¿La potencialidad es lo mismo que un objeto restrictivo?

Bajo esta hipótesis, hablemos de los mercados en el ciberespacio, reiterando que existe marco jurídico suficiente para conocer de conductas, por ejemplo, respecto a mercados electrónicos y plataformas electrónicas.

A este particular, yo vuelvo sobre la intervención del Superintendente que habla de una necesidad por regular la necesidad o por normar cuando no se sabe si existe o no necesidad de hacerlo. No sabemos todavía si las normas en este momento, que en mi criterio sí son suficientes porque se tiene un catálogo de conductas suficientes y una aplicación suficiente, pero hemos visto el primer caso. No sé si en la Superintendencia en este momento hay alguna investigación preliminar o quejas o no sé si están *ad portas* de abrir una investigación formal contra una plataforma tecnológica, pero hasta no ver qué ocurre con esta investigación no conoce la autoridad y no conoce el Estado sus límites en torno al marco que existe actualmente para investigar una conducta de una plataforma tecnológica.

Entonces, sería demasiado proactivo pretender cambiar el marco normativo existente para poder perseguir lo que ocurre en los mercados electrónicos.

María Clara Lozano Ortiz de Zárate

La teoría del efecto se viene aplicando en Colombia desde hace mucho tiempo en el ámbito de las integraciones jurídico-económicas con toda claridad, cuando se realiza una integración entre compañías multinacionales que se lleva a cabo en Suiza, Francia o Estados Unidos toda la negociación y toda la actividad, al final del día cuando produce efectos en Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio reclama competencia para revisar específicamente esa integración. En ese contexto, ya existe experiencia en el ámbito de las integraciones jurídico-económicas y se tiene un cúmulo de conceptos al respecto.

El tema se vuelve más complejo en el contexto de las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia. La teoría del efecto, aplicada en Estados Unidos desde el caso *Alcoa*³⁶, justificada en la sentencia *Lotus*³⁷, se fundamenta en que hay que producir efectos en el mercado. En las conductas que tienen por objeto, sería muy difícil plantear internacionalmente el adquirir una jurisdicción y competencia, lo cual no obsta para que se puedan adoptar medidas preventivas por parte del Estado, pero en materia de adquirir jurisdicción y competencia internacionalmente resulta un poco difícil.

En relación con el mercado del ciberespacio, es muy importante ir adquiriendo experiencia, pensar en tratar de poner a prueba los acuerdos de cortesía negativa en materia de competencia. Colombia ya hace parte de varios acuerdos para manejar el problema de la aplicación práctica del Derecho de la competencia frente actuaciones que se realizan internacionalmente, pero terminan produciendo efectos³⁸.

Estos acuerdos de cortesía existen porque hay varias autoridades que puedan estar interesadas en la conducta y se dan en el marco de, por ejemplo, acuerdos internacionales. Un caso es el tratado de libre comercio con Estados Unidos que establece cortesía negativa para resolver estos conflictos de competencia,³⁹ al igual que el tratado de la Unión Europea⁴⁰.

¿En qué consisten estos acuerdos de cortesía? Los de cortesía negativa consisten fundamentalmente en que la autoridad que identifica una práctica restrictiva de la competencia que está produciendo efectos en el mercado nacional y pretende realizar una investigación debe tener, expresamente así lo tratan los acuerdos internacionales del mundo, una cuidadosa consideración de los intereses de la otra parte en el momento de llevar a cabo la investigación, en la práctica: ir comunicando el acto de apertura, y las distintas actividades que se están desarrollando sobre la compañía del otro Estado, procurando un intercambio de información. Los tratados de libre comercio también traen la posibilidad de intercambios de información.

Entonces, sería interesante porque hoy, en el mercado de comercio electrónico, que según la publicación de la Cámara de Comercio electrónico colombiano está llegando al 20%, se está hablando de una muy importante participación con agentes económicos que ni siquiera están vinculados territorialmente al Estado colombiano, son agentes económicos que son una sombra en el mundo virtual en donde no se sabe

36 *United States v. Alcoa*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

37 Fallo *Lotus* (1927) Corte Permanente de Justicia Internacional, Ser. A, n.º 10.

38 El Capítulo XIII del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América contiene disposiciones de Cooperación entre los Estados Partes. Adicionalmente existe el Acuerdo entre la FTC (Federal Trade Commission) y el DOJ (Departamento de Justicia) de los Estados Unidos y la SIC de Colombia, celebrado en 2014.

39 *Ibidem*.

40 Título VIII del Acuerdo Comercial entre la Unión Europea y Colombia y Perú, en su artículo 262, parrafos 1 y 2 dispone los principios de cortesía negativa en materia de competencia entre los Estados Parte de dicho Acuerdo de Libre Comercio. Así mismo existe el Acuerdo entre la CNC de España y la SIC de Colombia celebrado en el año 2012.

quiénes son, pero ahí están y eventualmente están realizando prácticas restrictivas de la competencia que afectan a los ciudadanos colombianos.

Entonces, la invitación es a tener muy en cuenta estos acuerdos, empezarlos a poner a prueba porque el mercado ha cambiado, el comercio ha cambiado y la naturaleza de estas conductas tiene una tendencia mucho mayor a que sean desarrolladas internacionalmente y producir efectos en el mercado colombiano.

Doctor Dionisio, los dos panelistas anteriores están de acuerdo en que la redacción actual de la ley permitiría tener claridad sobre los efectos que ocurran de transacciones en el ciberespacio, con plataformas o en el extranjero podrían perseguirse en Colombia.

Dionisio de la Cruz Camargo

Debería regularse el tema de los efectos, es decir, contar con la certeza de conocer con claridad cuáles son los efectos. El ciberespacio y las plataformas llevan a que todo tiene efectos en Colombia y el efecto depende del clic del consumidor. Así, puede existir una plataforma que se origine en el extranjero y que su creador haya previsto que su mercado potencial está en otro continente, pero alguien en Colombia la conoce y hace clic realizando una transacción, y con ello, tendríamos que se produce un efecto frente al ciudadano colombiano.

Entonces, resulta necesario que la autoridad y el país tengan claro qué se entiende por efecto territorial. De hecho, ya se lo ha previsto en otras disciplinas cercanas al Derecho de la competencia, como en el tema de protección al consumidor. En este tema, el Decreto 587 de 2016, que reguló el tema de reversión de pagos, indicó que "el presente capítulo solo tendrá efectos para las operaciones en las cuales el productor o expendedor y la entidad emisora del instrumento de pago electrónico se encuentren domiciliados en Colombia"⁴¹. Entonces, esto es una señal para el mercado en el sentido de que el consumidor tiene claridad de que si se arriesga a realizar una de estas actividades electrónicas y sucede una de las hipótesis que autorizarían la reversión, si lo está haciendo con una empresa que no está domiciliada en Colombia o que su banco no se encuentre domiciliado en Colombia, no tendrá la protección de las autoridades colombianas.

Se puede estar o no de acuerdo con el tema, pero el punto es que ya el mercado tiene claridad al respecto; lo anterior, ligado a otros elementos de la Ley 1480 de 2011 que tienen que ver con la divulgación, información, educación, que deben ofrecer las herramientas suficientes para que el ciudadano tome la decisión de consumo y saber en qué momentos y bajo qué hipótesis estará o no protegido.

41 Decreto compilado en el Decreto 587 de 2016, único del sector comercio, Artículo 2.2.2.51.1, "(...) Parágrafo 1. Las disposiciones previstas en el presente capítulo solo tendrán efectos para las operaciones en las cuales el productor o expendedor y la entidad emisora del instrumento de pago electrónico se encuentren domiciliados en Colombia".

Igualmente, en competencia desleal hay casos que, por ejemplo, comprometen a empresas exportadoras comercializadoras internacionales, que si la conducta se realiza en Colombia, el significado de ese artículo cuarto del ámbito de aplicación del efecto en Colombia es que la conducta se realizó aquí en Colombia, es decir, le da en factor al domicilio de donde se realiza la conducta el tema de los efectos, así las empresas se dediquen a exportar todo lo que produzcan o sus servicios⁴².

Entonces, en esta disciplina también se ofrece claridad en el mercado porque permite a los sujetos, no solo tener las reglas claras, sino, además, una cosa es decir que cualquier conducta que tenga efectos en Colombia en la que la autoridad pueda abrir una investigación, pero hay un problema práctico: vaya y vincule a un personaje que tenga sede en Finlandia y que el tipo por efectos de la plataforma tenga efectos en Colombia, tráigalo para proteger al consumidor o al mercado colombiano.

Entonces, en la práctica entiendo la postura de la doctora María Clara y podría ser un tema para explorar, pero el tema de tiempo y de practicidad o inmediatez se puede ver muy fracturado, y entonces, estaríamos en eventos de desprotección muy complejos. Considero que sí debería realizarse, obviamente esto depende de que la normatividad obligue a que estos jugadores del ciberespacio vengan a Colombia, es decir, que vengan aquí en lo posible para que ellos planten su domicilio por una filial o por un distribuidor o por alguien, de tal manera que nosotros podamos como autoridad y como país hacerlos responsables y tener a alguien a quien podamos tocar y que pueda responder por cualquier tipo de conducta que se realice en el mercado.

Por último, en el tema de las integraciones que tocó la doctora María Clara fue necesario establecer una regulación que establezca en qué eventos las integraciones realizadas en el ámbito internacional que tienen efectos en el mercado nacional, puedan ser analizadas por la autoridad colombiana⁴³.

José Alfredo Jaramillo López

Me devuelvo para tener poder profundizar un poco en la necesidad del doctor Dionisio en cuanto a advertir que existe, nuevamente, la necesidad de determinar cuáles son los criterios de ampliación de la teoría de los efectos. En el caso *Alcoa*⁴⁴, de conocimiento de las cortes de los Estados Unidos, se proponen tres reglas:

1. Cuando una conducta se gesta en el extranjero, por fuera de Estados Unidos, pero no tiene efectos en los Estados Unidos no resulta ser competencia de las cortes estadounidenses.

42 "Artículo 4°. Ámbito territorial de aplicación. Esta Ley se le aplicará los actos de competencia desleal cuyos efectos principales tengan lugar o estén llamados a tenerlos en el mercado colombiano". Ley 256 de 1996.

43 Cfr. Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio Título VII.

44 *United States v. Alcoa*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

2. Cuando una conducta tiene efectos, pero no se evidencia que la intención de la conducta sea producir efectos restrictivos en los mercados de los Estados Unidos, tampoco hay competencia para conocer del tema.
3. Solamente cuando una conducta se gesta por fuera del territorio de los Estados Unidos y tiene intención restrictiva y efectos en los Estados Unidos hay competencia de las cortes norteamericanas.

Son unas reglas muy sencillas, todavía vigentes hoy, por más de que haya habido evolución en el "Federal Trade anti trusting proven act" y otros, todavía hoy las cortes pueden obviar lo dicho en esos actos y volver a las reglas del *a-quo*. Son suficientes y se han probado por más de 50 y 60 años.

AUTORIDAD ÚNICA DE LA COMPETENCIA

La doctrina ha explicado que "[l]a regulación sobre cuál es la autoridad administrativa competente para conocer sobre asuntos de prácticas comerciales restrictivas de la competencia y de integraciones empresariales fue uno de los temas que fueron modificados de manera expresa por la nueva Ley. (...) lo que hizo el Legislador del 2009 fue eliminar la expresión en la que se preveía la frase 'sin perjuicio de las competencias señaladas en normas vigentes a otras autoridades', y en ese sentido se encargó de consolidar de manera expresa a la Superintendencia de Industria y Comercio como Autoridad Única de la Competencia"⁴⁵ (destacado fuera del original).

El propósito de esta figura de Autoridad Única fue que solo una entidad se encargara de la protección de la competencia en todos los sectores de la economía. Y, alrededor de lo anterior, hay por lo menos dos instituciones dentro de la misma ley que refuerzan como debe operar.

- La autoridad no tiene que investigar todos los casos; por el contrario, puede escoger cuáles casos abre y cuáles no, para lo que utiliza el criterio de la significatividad de las conductas previsto en la Ley 1340 de 2009^[46].

45 Cfr. Archila Peñalosa, Emilio José (2010). "Novedades de la Ley 1340 de 2009 para el Régimen de Protección de la Competencia", en *Revista Con-texto*. n.º 32 Diciembre de 2010. Bogotá D.C.

46 Artículo 3 de la Ley 1340 de 2009. "Propósitos de las Actuaciones Administrativas. Modifícase el número 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992 que en adelante será del siguiente tenor: Velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Parágrafo. La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta" (destacado fuera del original).

- Segundo, se busca una consistencia en los pronunciamientos respecto del entendimiento de las conductas anticompetitivas, para lo cual se establece la "doctrina probable"⁴⁷, pretendiendo establecer reglas en el mercado.

En ese contexto, se plantean los siguientes interrogantes: (i) ¿al existir una sola autoridad, esto ha llevado a que se haya enfocado en algunos sectores y se dejen otros fuera del foco, los cuales pueden estar desprotegidos en términos de una autoridad que revise cuáles conductas están prohibidas o cuáles se desarrollan en esos sectores?, (ii) ¿estarían mejor protegidos los intereses de cada sector, si tuvieran una autoridad que tuviera el mandato de revisar las conductas de esos mercados?

Dionisio de la Cruz Camargo

Lo primero es que la autoridad debería ser autoridad única. Yo creo que uno de los primeros cambios que se debe promover en la Ley 1340 es realmente que la autoridad única y que las excepciones de la ley sean derogadas o modificadas, en la medida en que dejar sectores con la supervisión del regulador sectorial hace que mucho de eso se pierda, en la medida en que los reguladores de los sectores económicos generalmente tienen objetivos diferentes a los de la autoridad de competencia y muchas veces la competencia no está dentro de sus prioridades.

Lo segundo es que tener el esquema de autoridad única tiene también complicaciones y complejidades, y eso se evidencia en que ciertos sectores que en otras jurisdicciones tienen mucho avance respecto a investigaciones, en Colombia aún están por estudiarse, como ocurre con el tema de las plataformas, asuntos tecnológicos, y de datos.

Son espacios que deben ser copados por la autoridad, en la medida en que cada vez están tomando más importancia. La concepción de monopolizar un mercado no pasa por los agentes del mercado; hoy en día, el tema de las plataformas implica que el agente más importante es la plataforma misma que no ejerce la actividad, es un mediador, pero en el fondo es el que maneja el mercado: sustraída de ese mercado dejaría de ser lo que es, seguiría prestando el servicio que fuere, pero el mercado funcionaría con una dinámica distinta.

Todavía no están claros los efectos respecto de las empresas que recopilan datos. Todos hemos vivido o hemos sentido que hoy en día cualquier persona recoge nuestros datos no solo en grandes empresas sino, por ejemplo, en edificios para efecto de ingreso. Cualquier sitio se siente autorizado de recoger todos esos datos y no sabemos quién los maneja, y podría ser alguien muy grande o alguien muy pequeño.

47 Artículo 24 de la ley 1340 de 2009. "Doctrina Probable y Legítima Confianza. La Superintendencia de Industria y Comercio deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto, constituyen doctrina probable". Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-537 de 2010. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez. Demandantes: Camilo Pabón Almanza y Andrea Mora Ramírez.

Tampoco se sabe cuál va a ser el efecto de esa actividad en el mercado, en la medida en que con la recolección y acumulación de datos va a ser posible predecir comportamientos de las personas, de las empresas, y en general de todos los entes que ejerzan esa actividad y actividades económicas.

Entonces, la autoridad única debería no solo tener foco en esos mercados, sino que vale la pena analizar si al interior de la Superintendencia deberían existir grupos especializados, no por actividades, sino por sectores, para traer las preocupaciones que tienen los reguladores a la autoridad de competencia y poder así ejercer una mejor vigilancia y tener un mejor entendimiento de cómo funcionan esos mercados, para poder detectar a tiempo las posibles complicaciones que en particular tengan esos mercados y que puedan tener un efecto en la manera como se están realizando esas actividades.

Respecto de la significatividad, se debe precisar que no es un elemento que permita elegir mercados, sino que es un tema de eficiencia en la realización de las actividades de inspección, vigilancia y control de la autoridad de competencia. Así, la significatividad no implica un análisis de legalidad sino de impacto en el mercado, ateniendo las finalidades previstas en la Ley 1340 de 2009^[48].

Con lo anterior, la autoridad única debería tener la posibilidad de diseñar estrategias que permitan determinar si los nuevos mercados que están surgiendo y las nuevas actividades que realmente no conocemos hasta dónde van a llegar tengan una inspección temprana y podamos vigilar cuál es el alcance y cuál va a ser su desarrollo.

Moderador

El doctor Dionisio es partidario de un rediseño, pero no para volver a autoridades sectoriales, sino para crear salas o grupos permanentes por sector que garanticen un monitoreo a algunos que podrían estar pasando eventualmente desapercibidos en este momento.

María Clara Lozano Ortiz de Zárate

Aun cuando el establecimiento de la autoridad única fue un gran aporte de la Ley 1340 de 2009, también resultan necesarias las regulaciones sectoriales. No obstante, las autoridades sectoriales tienen que ser más proactivas en la identificación de las conductas restrictivas de la competencia y en su comunicación con la autoridad de competencia.

La Superintendencia de Industria y Comercio debe tener una comunicación muy clara y fluida con las autoridades sectoriales, obteniendo información respecto del funcionamiento de los mercados regulados que tienen unas especificidades importantes, que escapan a las reglas de libre oferta y demanda.

48 La libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009.

Con ello deberían existir obligaciones particulares para ciertas áreas específicas tanto de la autoridad regulatoria como de la agencia de competencia. Al analizar los sectores investigados por la autoridad, se detectan algunos altamente investigados y otros en los que los casos son escasos o inexistentes y ello puede obedecer justamente a la falta de comunicación entre autoridades.

José Alfredo Jaramillo López

Estoy totalmente de acuerdo con la autoridad única y lo que ha hecho en los últimos 10 años desde que tiene su marco jurídico.

La experiencia en mi ejercicio profesional desde la Superintendencia de Industria y Comercio en el grupo de prácticas restrictivas de la libre competencia es que en ese momento se estaba priorizando el sector agrícola y, para ello, el Ministerio de Agricultura designó un grupo de muy calificados funcionarios con el conocimiento suficiente y técnico en materia agrícola para el análisis de los casos.

Producto de este equipo de trabajo salieron las investigaciones "Caña 1 y 2", en donde dejaron sentadas unas reglas de juego muy claras para estos sectores⁴⁹. Ese ejercicio denota nuevamente el *business as usual*.

Lo que se requiere es conocimiento de otras autoridades administrativas en el concepto de protección a la competencia y las conductas que infringen el régimen. Adicionalmente, el trabajo interadministrativo supone que la Autoridad de la Competencia en conjunto con funcionarios sectoriales puedan sustanciar y resolver casos con carácter técnico, atendiendo las particularidades del sector.

En el tema de la significatividad, me preocupa que la Superintendencia de Industria y Comercio realice el análisis *ex ante*, y que con ese análisis resuelva archivar una averiguación preliminar mediante un acto administrativo "de trámite" que realmente pone fin a una actuación administrativa. Ello, para efecto de determinar la procedencia del recurso de reposición.

En cuanto al ámbito de aplicación territorial en el Derecho de la competencia, se debe precisar que lo que se persigue son las conductas que puedan o tengan efectos en los mercados nacionales. Entonces, si la Superintendencia de Industria y Comercio archiva una investigación en el término de significatividad, ya hizo un análisis previo de si eso tiene o no la potencialidad de afectar o restringir la competencia, pero para sí misma sin que exista la posibilidad de controvertir su decisión, con lo que se puede concluir que cuenta con una discrecionalidad bastante importante.

Por supuesto, seleccionar los mercados en los que quiere participar también es preocupante. Puede ocurrir que algunos sectores pasen inadvertidos; no obstante, es necesario que la Autoridad de la competencia se pronuncie respecto de plataformas digitales, se pronuncie o tenga como referencia lo que está haciendo la Unión Europea

49 Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio resoluciones 6839 de 2010 y 42411 de 2010.

en el caso de Amazon respecto de la información que comparte con otras plataformas y si esa información es sensible para el mercado⁵⁰.

Entonces, ¿Por qué no se está investigando? ¿Qué está pasando? Y aquí hay que decirlo, el gobierno se enfrenta a una posición complicada cuando una empresa de publicidad, porque eso se está convirtiendo Facebook y Amazon que son líderes de opinión, en últimas las redes sociales, cometen conductas que pueden restringir la

50 "The European Commission has opened a formal antitrust investigation to assess whether Amazon's use of sensitive data from independent retailers who sell on its marketplace is in breach of EU competition rules.

Commissioner Margrethe Vestager, in charge of competition policy, said: "European consumers are increasingly shopping online. E-commerce has boosted retail competition and brought more choice and better prices. We need to ensure that large online platforms don't eliminate these benefits through anti-competitive behaviour. I have therefore decided to take a very close look at Amazon's business practices and its dual role as marketplace and retailer, to assess its compliance with EU competition rules".

Amazon has a dual role as a platform: (i) it sells products on its website as a retailer, and (ii) it provides a marketplace where independent sellers can sell products directly to consumers.

When providing a marketplace for independent sellers, Amazon continuously collects data about the activity on its platform. Based on the Commission's preliminary fact-finding, Amazon appears to use competitively sensitive information – about marketplace sellers, their products and transactions on the marketplace.

As part of its in-depth investigation the Commission will look into:

- the standard agreements between Amazon and marketplace sellers, which allow Amazon's retail business to analyse and use third party seller data. In particular, the Commission will focus on whether and how the use of accumulated marketplace seller data by Amazon as a retailer affects competition.
- the role of data in the selection of the winners of the "Buy Box" and the impact of Amazon's potential use of competitively sensitive marketplace seller information on that selection. The "Buy Box" is displayed prominently on Amazon and allows customers to add items from a specific retailer directly into their shopping carts. Winning the "Buy Box" seems key for marketplace sellers as a vast majority of transactions are done through it.

If proven, the practices under investigation may breach EU competition rules on anticompetitive agreements between companies (Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)) and/or on the abuse of a dominant position (Articles 102 TFEU).

The Commission will now carry out its in-depth investigation as a matter of priority. The opening of a formal investigation does not prejudice its outcome.

Background

Article 101 of the TFEU prohibits anticompetitive agreements and decisions of associations of undertakings that prevent, restrict or distort competition within the EU's Single Market. Article 102 of the TFEU prohibits the abuse of a dominant position. The implementation of these provisions is defined in the Antitrust Regulation (Council Regulation n.º 1/2003), which can also be applied by the national competition authorities.

Article 11(6) of the Antitrust Regulation provides that the opening of proceedings by the Commission relieves the competition authorities of the Member States of their competence to apply EU competition rules to the practices concerned. Article 16(1) further provides that national courts must avoid adopting decisions that would conflict with a decision contemplated by the Commission in proceedings it has initiated.

The Commission has informed Amazon and the competition authorities of the Member States that it has opened proceedings in this case.

There is no legal deadline for bringing an antitrust investigation to an end. The duration of an antitrust investigation depends on a number of factors, including the complexity of the case, the extent to which the undertakings concerned cooperate with the Commission and the exercise of the rights of defense.

More information on the investigation will be available on the Commission's competition website, in the public case register under case number AT.40462". Cfr. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291

competencia, ¿hasta qué punto le interesa abrir una investigación en contra de un líder de opinión? ¿Qué va a pasar con su continuidad?

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, a continuación se resumen las posturas presentadas por los panelistas invitados a evaluar la primera década de la Ley 1340 de 2009 sobre el ámbito de aplicación objetivo, territorial y la existencia de la autoridad única de competencia:

En relación con el ámbito de aplicación objetivo o sustancial de la ley, la postura dominante consistió en exigir un cambio a la normatividad actual para que existiera tanto unidad conceptual (v.gr. sobre la definición de posición dominante), como unidad en el catálogo de conductas ilícitas en todos los sectores, sobre todo valorando el riesgo de que el regulador sectorial incurra en imprecisiones técnicas o, inclusive, consagre como anticompetitivas a conductas que nada tienen que ver con la protección de la competencia.

Por otra parte, la postura disidente defendió la unidad conceptual en todos los sectores, pero no unidad de catálogo de conductas ilícitas, como manifestación de garantía del derecho al debido proceso de los investigados, quienes deben conocer con precisión qué es lo que está prohibido, y también por la insuficiencia regulatoria de las normas generales para abordar problemas de mercado en algunos sectores -como ocurre en servicios públicos domiciliarios-.

Las posturas fueron defendidas por los panelistas, así:

Panelista	Postura	Dominante	Disidente
María Clara Lozano Ortiz de Zárate			✓
Dionisio Manuel de la Cruz Camargo		✓	
José Alfredo Jaramillo López		✓	

En relación con el ámbito de aplicación territorial de la ley, la postura dominante consistió en considerar que el criterio de los “efectos en los mercados nacionales” es suficiente para cobijar conductas cometidas en el ciberespacio u otros territorios. Para esos efectos, sobre todo al amparo de los criterios desarrollados por jueces norteamericanos, la Autoridad colombiana podría desarrollar con claridad cuáles casos caerían bajo el ámbito de aplicación de nuestra legislación nacional.

Por otra parte, la postura disidente defendió que se necesitan nuevos criterios para dar certeza de la aplicación territorial para conductas cometidas en el ciberespacio u otros territorios. Lo anterior, considerando la prevalencia de la ley en nuestro sistema de fuentes, así como ejemplos de otros regímenes cercanos (como el régimen de protección del consumidor) en los cuales se ha dado claridad de cuáles conductas cometidas

en el exterior caerían bajo la aplicación de la ley nacional y serían competencia de nuestras autoridades.

Las posturas fueron defendidas por los panelistas, así:

Panelista	Postura	Dominante	Disidente
María Clara Lozano Ortiz de Zárate		✓	
Dionisio Manuel de la Cruz Camargo			✓
José Alfredo Jaramillo López		✓	

En relación con la autoridad única de la competencia, la postura dominante consistió en defender la existencia de una sola autoridad, pero con "salas especializadas" dentro de la Autoridad de Competencia. Lo anterior, para garantizar que varios sectores importantes en la economía tengan supervisión permanente, y no pasen debajo del radar de la autoridad.

Por otra parte, la postura disidente defendió la estructura actual de la Autoridad de Competencia, y resolviendo el posible problema de que haya sectores no vigilados por la SIC con comunicación permanente entre las autoridades sectoriales y la Superintendencia de Industria y Comercio, lo cual permitirá que se detecten a tiempo las preocupaciones de cada sector, sin que se fuerce a dedicar permanentemente recursos a cada uno de tantos sectores de la economía.

Las posturas fueron defendidas por los panelistas, así:

Panelista	Postura	Dominante	Disidente
María Clara Lozano Ortiz de Zárate			✓
Dionisio Manuel de la Cruz Camargo		✓	
José Alfredo Jaramillo López		✓	